

**FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR  
CAMPUS PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES – CACOAL  
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DE DIREITO**

**NELSON NED RODRIGUES DOS SANTOS**

**APLICABILIDADE DA PENA DE PRISÃO PERPÉTUA: TRIBUNAL  
PENAL INTERNACIONAL E O CONFLITO COM A CF/88**

**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO  
MONOGRAFIA**

**CACOAL - RO  
2015**

**NELSON NED RODRIGUES DOS SANTOS**

**APLICABILIDADE DA PENA DE PRISÃO PERPÉTUA: TRIBUNAL  
PENAL INTERNACIONAL E O CONFLITO COM A CF/88**

Monografia apresentada ao Curso de  
Direito da Fundação Universidade Federal  
de Rondônia – UNIR – *Campus* Professor  
Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal,  
como requisito parcial para obtenção do  
grau de Bacharel em Direito, elaborada  
sob a orientação do professor M.e Gilson  
Tetsuo Miyakava.

**CACOAL - RO  
2015**

Santos, Nelson Ned Rodrigues dos.

S237a      Aplicabilidade da pena de prisão perpétua: Tribunal Penal Internacional e o conflito com a CF/88/ Nelson Ned Rodrigues dos Santos – Cacoal/RO: UNIR, 2015.  
53 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação).  
Universidade Federal de Rondônia – Campus de Cacoal.  
Orientador: Prof. Me. Gilson Tetsuo Miykava.

1. Direito internacional. 2. Prisão perpétua. 3. Constituição Federal. 4. Conflitos. I. Miyakava, Gilson Tetsuo. II. Universidade Federal de Rondônia – UNIR. III. Título.

CDU – 341

Catálogo na publicação: Leonel Gandi dos Santos – CRB11/753

# **APLICABILIDADE DA PENA DE PRISÃO PERPÉTUA: TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O CONFLITO COM A CF/88**

**NELSON NED RODRIGUES DOS SANTOS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia UNIR – *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, para obtenção do grau de Bacharel em Direito, mediante a Banca Examinadora formada por:

---

Professora M.e Gilson Tetsuo Miyakava – UNIR – Presidente

---

Professor M.e Silvério dos Santos Oliveira – UNIR – Membro

---

Professor Esp. Jônathas Siviero– UNIR – Membro

Conceito: \_\_\_\_\_

Cacoal, 02 de julho de 2015.

Dedico este trabalho a minha amada mãe,  
Maria de Matos Santos por sempre me  
incentivar a estudar. TE AMO MÃE, VOCÊ É  
MUITO IMPORTANTE.

A minha esposa Regiane, por estar ao meu  
lado nessa caminhada.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus por me iluminar nos momentos difíceis e por permitir que finalizasse mais uma etapa de minha vida.

A meu orientador, Professor M.e Gilson, pela paciência e disponibilidade em transmitir seus conhecimentos.

À Professora M.e Daeane, pela ajuda na elaboração deste trabalho.

A minhas melhores amigas Vanessa Fernanda e Oliliane Lima por todo apoio que me deram neste último semestre.

## RESUMO

O trabalho apresenta a discussão sobre a possibilidade de aplicação da pena de prisão perpétua prevista pelo tribunal penal internacional em face da Constituição Federal de 1988. O direito internacional, uma das fontes do direito, tem aplicabilidade imediata no país signatário, mas tal aplicabilidade pode ficar prejudicada por surgir conflitos com normas do direito interno. Quando isso acontece deve haver uma análise sobre sua constitucionalidade, e sobre seu posicionamento no ordenamento vigente, ou seja, em caso de conflito qual deve prevalecer. A adesão do Brasil ao tribunal penal internacional suscitou discussões, tanto sobre a constitucionalidade, como sobre o posicionamento no ordenamento interno. O cerne deste trabalho é a possibilidade de aplicação da pena de prisão perpétua pelo tribunal penal internacional em face da Constituição Federal de 1988. No caso em tela, se estuda duas hipóteses: em caso de conflito deve prevalecer a Constituição em todos os seus termos ou o tribunal penal internacional, acolhendo sua previsão acerca da punição quanto aos crimes contra os direitos humanos. Para a sua realização foi utilizado o método dedutivo com abordagem jurídica filosófico-dogmática e a técnica aplicada foi a pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** Prisão. Perpétua. Penal. Conflito. Constituição.

## **ABSTRACT**

This paper presents a discussion on the possibility of application of the life sentence provided under international criminal court against the Federal Constitution of 1988. The international law, one of the sources of law, has immediate applicability in the signatory country, but such applicability may be hampered by conflicts arise with rules of domestic law. When this happens there should be a review of its constitutionality, and on its position in the current system, ie in case of conflict which must prevail. The accession of Brazil to the International Criminal Court raised these discussions, both on the constitutionality, as on the position in domestic law. The core of this work is the applicability of a life sentence by the International Criminal Court against the Federal Constitution of 1988, since the barrier is highest law, these immutable barrier, described as foundation stones, which can not be suppressed nor amendment to the Constitution. In the present case, we study two possibilities: in case of conflict should prevail the Constitution in all its terms or the International Criminal Court, accepting his prediction about the punishment as crimes against human rights, except to life in prison. For its realization we used the deductive method with philosophical-dogmatic legal approach and the technique was the literature.

**Keywords:** Prison. Perpetual. Criminal. Conflict. Constitution.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS SISTEMAS DE DIREITO</b> .....	12
1.1 SISTEMA JUS NATURALISTA OU DIREITO NATURAL .....	12
1.2 SISTEMA LEGALISTA .....	13
1.3 SISTEMA NEOCONSTITUCIONALISTA .....	14
1.4 SISTEMA INTERNACIONALISTA .....	15
<b>2 INSERÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO</b> .....	17
2.1 TRATADOS INTERNACIONAIS .....	18
2.2 PROCESSOS DE FORMAÇÃO DOS TRATADOS .....	18
2.3 STATUS NORMATIVO .....	20
2.4 MONISMO X DUALISMO .....	22
<b>3 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL</b> .....	24
3.1 PRECEDENTES HISTÓRICOS .....	24
3.2 CARACTERÍSTICAS DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL .....	28
3.3 ESTRUTURA, FUNCIONAMENTO E JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL .....	29
3.4 COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL .....	31
3.5 RESPONSABILIDADE PENAS INTERNACIONAL DO INDIVÍDUO .....	34
3.6 PENAS APLICÁVEIS .....	35
<b>4 O APARENTE CONFLITO NORMATIVO ENTRE O TRIBUNAL PENAL E A CF/88</b> .....	37
4.1 PRINCIPAIS CONFLITOS COM A CF/88 .....	38
4.2 A APLICABILIDADE DA PENA DE PRISÃO PERPÉTUA .....	40
4.3 CONFLITOS ENTRE TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS E A CF/88 .....	45

**CONSIDERAÇÕES FINAIS ..... 48**  
**REFERÊNCIAS..... 52**

## INTRODUÇÃO

A necessidade de proteção e efetividade aos direitos humanos fez surgir uma disciplina autônoma ao direito internacional, denominada Direito Internacional dos Direitos Humanos. Assim, diante dessa necessidade de proteção, tratados e convenções internacionais de direitos humanos foram criados alguns tendo o Brasil como signatário. E, por tudo isso, é irrelevante o conhecimento dessas legislações internacionais e, principalmente sua forma de inserção, pois passam a fazer parte da ordem jurídica interna dos Estados, ampliando e protegendo direitos fundamentais de seus jurisdicionados. Além do mais, essas legislações são as principais fontes do direito internacional, principalmente na proteção dos direitos humanos, cuja prevalência é o princípio que rege as relações internacionais que o Brasil seja parte.

O direito brasileiro vem passando por um novo momento, pois busca ampliar e proteger o ser humano por meio do direito internacional, trazendo reflexo no direito interno. Essa nova realidade vem acontecendo de forma muito rápida, juízes e tribunais não se aperceberam de todos os avanços. As fontes do direito não se resumem às leis, a códigos e a própria Constituição, mas também aos tratados internacionais em vigor no país. Sendo assim, é imprescindível ao jurista do terceiro milênio assimilar todas as características do direito pós-moderno, pois assim estará preparado para defender e proteger os direitos humanos.

Ante a inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 que acrescentou ao art. 5º, da Constituição Federal, o parágrafo 4º que submeteu o Brasil a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, que prevê a aplicação da pena de prisão perpétua aos crimes praticados contra os direitos humanos e a vedação constitucional dessa punição no território Nacional. Faz-se o seguinte questionamento: diante desse conflito, qual será a posição do ordenamento jurídico brasileiro?

Como hipóteses, o ensaio trabalhou com a possibilidade de que em caso de conflito entre o Tribunal Penal Internacional e a Constituição, quanto à vedação da aplicação da pena perpétua, esta última deve prevalecer em todos os seus termos. A outra hipótese foi o acolhimento da previsão do Tribunal Penal Internacional acerca da punição quanto aos crimes contra os direitos humanos, exceto a pena de prisão perpétua.

O tema será desenvolvido por meio do método dedutivo e a interpretação de abordagem jurídico-filosófica dogmática. Logo, justifica-se tal escolha, tendo em vista que se pretende analisar a possibilidade de aplicação da pena de prisão perpétua pelo Tribunal Penal Internacional, a partir dos fundamentos e disposições legais vigentes na Constituição da República Federativa do Brasil.

Normas de direito internacional que visam a proteção dos direitos humanos, podem caminhar em sentido contrário às normas de direito interno, ocasionando conflitos de difíceis soluções.

Nota-se que as normas de direito internacional em que o Brasil é signatário destinadas a proteger e tornar mais efetivos os direitos humanos, pode estar em conflito com a Constituição Federal de 1988, para tanto é necessário um estudo aprofundado para resolver essa dicotomia. Deste modo o trabalho será desenvolvido em 04 capítulos.

O primeiro capítulo abordará de forma breve a evolução histórica dos sistemas de direito em esfera global e no Brasil. E, para melhor compreender essa evolução histórica, esse será subdividido em sistema jus naturalista ou direito natural, sistema legalista, sistema neoconstitucionalista, sistema internacionalista.

No segundo capítulo será delimitado sobre a inserção do direito internacional, buscando analisar como as normas jurídicas ingressam no ordenamento jurídico brasileiro e será subdividido em tratados internacionais, processo de formação dos tratados, status normativo, como também a análise das teorias monista e dualista.

No terceiro capítulo será abordado sobre o tribunal penal internacional, com breve exposição sobre sua criação, abordando seus precedentes históricos, suas características, além de sua estrutura, funcionamento e jurisdição, as competências, a responsabilidade penal do indivíduo e as penas aplicáveis.

No último capítulo será analisado o aparente conflito entre o tribunal penal internacional e a CF/88, em que serão abordados os principais conflitos

encontrados, assim como uma análise sobre os conflitos de normas, com o intuito de encontrar a resposta sobre a possibilidade de aplicação da pena de prisão perpétua.

## 1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS SISTEMAS DE DIREITO

O direito, ao longo do tempo, sofreu inúmeras transformações, passando por diversos sistemas de direito, e nessa evolução até a primeira década do século XXI destacaram-se quatro sistemas de direito: o jus naturalismo ou direito natural, o legalista, o Neo-Constitucionalista, e por fim, o sistema internacionalista.

Para Kelsen (2009, p. 77) “[...] o direito como norma é uma realidade cultural e não natural”. O Estado evoluiu e o direito acompanhou essa evolução que foi influenciada principalmente pela nova ordem mundial, definida no pós-Segunda Guerra.

Daí em diante, as normas saíram do plano ordinário do direito estatal e constitucional e alcançaram o plano internacional e universal. A partir desse momento, as normas internas (legais e constitucionais) e externas (internacionais *strictu sensu* e universais) passaram a relacionar-se para melhor proteger o ser humano, sujeito de direitos internacional.

A constituição não é mais uma compilação de direitos fundamentais máximos, pois ao seu lado estão os tratados internacionais de direitos humanos, e que podem ser de duas ordens: a) internacionais *strictu sensu* (depende de aceitação do Estado para ter aplicabilidade no ordenamento interno); e b) universais (que não dependem de aceitação estatal que autorize sua eficácia e aplicabilidade internas) (GOMES, MAZZUOLI, 2013).

### 1.1 SISTEMA JUS NATURALISTA OU DIREITO NATURAL

A princípio, o direito não era escrito, mas sempre se observou que para haver uma convivência harmônica e organizada numa sociedade, eram necessárias normas de conduta, por isso, afirma-se que nos primórdios da organização social o jus naturalismo ou direito natural foi o primeiro sistema de direito.

Portanto, o direito natural existe há muito tempo, sendo a primeira forma de direito a regular o convívio em sociedade, era algo abstrato, tratava-se de uma ideia de que certas condutas colaboravam para o convívio harmônico em sociedade e outras não. A base de pensamento era a de que o direito era expressão de vontade divina (NADER, 2002).

[...] desde as épocas mais recuadas da história, a Religião exerceu um domínio absoluto sobre as coisas humanas. A falta de conhecimento científico era suprida pela fé. As crenças religiosas formulavam as explicações necessárias. Segundo o pensamento da época, Deus não só acompanhava os acontecimentos terrestres, mas neles interferia. Por sua vontade e determinação, ocorriam fenômenos que afetavam os interesses humanos. Diante das tragédias, viam-se os castigos divinos, com a fortuna via-se o prêmio (NADER, 2002, p. 33).

O direito natural fundava-se em Deus, não havendo separação entre o Estado e a religião. Os sacerdotes eram os que detinham o poder, eram considerados representantes de Deus na terra, ditavam as leis e acreditavam ser inspirados por Deus. Ao longo do tempo, o direito natural passou por inúmeras transformações até desvinculação de Deus à ideia do direito, ocasionando o surgimento do sistema do direito positivista.

O ideal de justiça é à base do direito natural, onde o legislador devia visar ao criar as leis, ou seja, inspiração do direito natural passou a ser a própria natureza humana e essa tornou a justificativa do direito positivo, sendo legítimo se baseado nos princípios do direito natural, pois são eternos, imutáveis e universais (NADER, 2002).

## 1.2 SISTEMA LEGALISTA

O Sistema Legalista do século XIX possui grande relevância para o direito e tem seu fundamento na lei e, esta como direito.

[...] esse legalismo positivista impregnou-se primeiramente pela Europa, alastrando depois para várias partes do mundo, com grande influência na América Latina. O Código Civil francês de 1804 foi um marco importante para essa concepção reducionista do direito, que restringia o direito à lei. Já começa a partir daí, a pensar o direito tendo como parâmetro a legislação vigente. Ainda que tenha o Estado absolutista exaltado a importância da lei como norma de regulação da vida social, o certo é que nesse período já prevalecia a concepção de pluralidade normativa, advinda também dos costumes e princípios gerais do direito, contrariamente ao que passou a ocorrer depois, com o positivismo legalista, que tinha na lei seu único e exclusivo instrumento (a lei era a fonte única de regência da vida jurídica (GOMES, MAZZUOLI, 2013 p. 26).

No sistema legalista o direito é a lei e por esta razão a atenção se volta totalmente ao legislador, pois é ele quem cria a lei. Neste contexto, o teor da norma jurídica pouco importa se foi positivada deve ser cumprida nos termos que fora

escrita, cabendo ao magistrado aplicá-la, não há possibilidade de interpretação normativa (KELSEN, 2009).

No sistema legalista, lei positivada, tem a mesma força que outra qualquer, não significando que a constituição seja a lei maior, pois o que leva em conta é a unidade de todas as leis positivadas, o que deságua numa norma fundamental. A diferença entre a constituição das demais leis é o conteúdo, já que não há hierarquia (CARVALHO, 2009).

O sistema legalista, não tem hierarquia entre leis, estas são organizadas de forma escalonada, onde há as normas inferiores e superiores (originárias), de onde derivam as inferiores. Mas quando são positivadas, as normas superiores e inferiores possuem o mesmo valor normativo (KELSEM, 2002, p. 109).

### 1.3 SISTEMA NEOCONSTITUCIONALISTA

O Estado de Direito legal (liberal ou social ou democrático social) evoluiu para o Estado de Direito constitucional, o que significou um extraordinário avanço. O Estado quando regido pelas regras, valores, normas, princípios e garantias do estado de Direito legalista, alcançou profunda crise no século xx, o que foi chamada de crise da legalidade.

Os três aspectos principais foram: a crise da legalidade ou Estados de sub-legalidade, a crise na função social, ou seja, os Estados modernos estão se tornando cada vez mais neoliberais, deixando de cumprir suas tarefas básicas e a crise do tradicional conceito de soberania, Estados não tem autonomia para decidir seus destinos que são impostos por organismo internacionais (GOMES, MAZZUOLI, 2013).

A crise de legalidade revela que a subordinação dos poderes públicos à lei, nunca impediu as formas autoritárias do exercício do poder, ou seja, o poder continua sendo exercido sem os limites definidos:

Uma das principais consequências que decorreram da crise anunciada constituiu na transformação do velho Estado de Direito legal (EDL), que foi cedendo espaço para a construção de um novo paradigma (de Estado, de Direito e de Justiça) que pode (e deve) ser conhecido (e reconhecido) como Estado de Direito constitucional (EDC), cuja premissa lógica reside no valor da dignidade humana, de genealogia bem conhecida: estoicismo, Velho Testamento, cristianismo, direito natural etc. Porém, se é certo que esse Estado de Direito constitucional representou, inicialmente, o entusiasmo da



revolução liberal, desde a revolução francesa até a americana, não é menos certo que com o tempo fez com que o conceito de Constituição perdesse seu valor, deixando de se um “conceito-guia” para se tornar um “conceito-panaceia” (GOMES, MAZZUOLI, 2013, p. 36).

Houve então, a evolução do governo dos homens (Estado absoluto) para o governo das leis (Estado legalista) sob a égide de uma norma fundamental, ou seja, a Constituição. Mas, o sistema neoconstitucionalista vem sendo superado pelo sistema internacionalista, devido à edição de normas internacionais, com o objetivo de regular as relações entre Estados soberanos.

#### 1.4 SISTEMA INTERNACIONALISTA

O sistema internacionalista teve seu início histórico, o tratado de Westfália, em 1648, o qual pôs fim a guerra dos Trinta Anos. O Tratado de Westfália foi o marco inicial, pois demonstrou que a sociedade internacional pode criar normas que sujeitassem outros Estados a seu cumprimento, o que é característico do direito internacional:

[...] mas foi tão somente a partir do século XVII que o direito internacional público aparece como ciência autônoma e sistematizada, notadamente a partir do Tratado de Westfália, de 1648, que colocou fim à Guerra dos Trinta Anos entre religiosos católicos e protestantes. Muitos autores consideram que antes a Paz de Westfália não existia um direito internacional propriamente dito, como o concebemos nos dias atuais. Antes do Tratado de Westfália não existia uma sociedade internacional com poder para sujeitar os Estados ao cumprimento de suas regras de conduta. Portanto, a paz de Westfália pode ser considerada como um verdadeiro “divisor de águas” na história do direito internacional (MAZZUOLI, 2004, p. 3).

A ordem jurídica na sociedade internacional é descentralizada, ao contrário do que sucede com as comunidades nacionais organizadas sob a forma de Estado:

[...] no plano internacional não existe autoridade superior nem milícia permanente. Os Estados se organizam horizontalmente, e dispõem-se a proceder de acordo com normas jurídicas na exata medida em que estas tenham sido constituído objeto do seu consentimento. A criação das normas é, assim, obra direta de seus destinatários. Não há representação, como no caso dos parlamentos nacionais que se propõem a exprimir a voz dos povos, nem prevalece o princípio majoritário. A vontade singular de um Estado soberano somente sucumbe para dar lugar ao primado de outras vontades reunidas quando aquele mesmo Estado tenha, antes, abonado a adoção de semelhante regra, qual sucede no quadro das organizações internacionais, a propósito de questões de importância secundária (REZEK, 2010, p.1).

O sistema internacionalista tem como fundamento o consentimento. Os Estados se subordinam ao direito que livremente reconheceram e construíram. *Pacta sunt servanda*- princípio segundo o qual foi pactuado deve ser cumprido. E frente aos ilícitos que um Estado pode incorrer, é quase certo dizer que não existe no direito internacional um sistema de sanções, isso ocorre devido a falta de autoridade central provida de força física (REZEK, 2010, p. 3).

O sistema internacionalista está cada vez mais inserido na ordem jurídica interna dos Estados, visando regular de modo uniforme as relações entre as diversas pessoas jurídicas de direito internacional. Por isso, há a necessidade de um breve estudo sobre sua forma de inserção na ordem jurídica interna do Brasil.

## 2 INSERÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A República Federativa do Brasil rege suas relações internacionais pelos princípios da prevalência dos direitos humanos do repúdio ao terrorismo e ao racismo e cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art. 4º, II, VII, IX, CF).

O sistema neoconstitucionalista está sendo superado pelo sistema internacionalista. Enquanto que no sistema neoconstitucionalista, a Constituição Federal é a lei suprema, hierarquicamente superior, no sistema internacionalista o que vigora é a lei, e esta amplia o exercício do direito, da liberdade ou da garantia, independente de onde esta esteja posta, se no bojo da Constituição Federal, ou se em um tratado internacional que verse sobre direitos humanos, em que o Brasil seja signatário (GOMES, 2007).

As normas de direito internacional ingressam na ordem jurídica brasileira por meio de tratados celebrados entre a República Federativa do Brasil e demais pessoas jurídicas de direito internacional público.

A análise da experiência convencional brasileira ilustra, quase que à exaustão, as variantes terminológicas de tratados concebíveis em português: **acordo, ajuste, arranjo, ata, ato, carta, código, compromisso, constituição, contrato, convenção, convênio, declaração, estatuto, memorando, pacto, protocolo e regulamento. (grifo nosso)**. Esses termos são de uso livre e aleatório, não obstante certas preferências denunciadas pela análise estatística: as mais das vezes, por exemplo, carta e constituição vêm a ser os nomes preferidos para tratados constitutivos de organizações internacionais, enquanto ajuste, arranjo e memorando tem largo trânsito na denominação de tratados bilaterais de importância reduzida. Apenas o termo concordata possui em direito das gentes, significação singular: esse nome é estritamente reservado ao tratado bilateral em que uma das partes é a Santa Sé, e que tem por objeto a organização do culto, a disciplina eclesiástica, missões apostólicas, relações entre a Igreja católica local e o Estado co-pactuante (REZEK, 2010, p. 16).

O legislador brasileiro se entregou ao uso constante das palavras: tratados e convenções; dando a ideia de que procura designar coisas diversas, mas na verdade são variantes terminológicas se referindo ao mesmo objeto.

## 2.1 TRATADOS INTERNACIONAIS

Os tratados internacionais são a principal fonte do direito internacional, sendo o termo 'tratado' um termo genérico usado para incluir as convenções, os pactos, e os demais acordos internacionais.

“Os tratados são acordos internacionais celebrados entre sujeitos de direito internacional, sendo regulado pelo regime jurídico de direito internacional (PIOVESAN, 2014, p. 155)”

“Tratado é todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos” (REZEK, 2010, p. 14).

“Tratado é qualquer acordo celebrado por dois ou mais Estados ou outras pessoas internacionais e que está regido pelo Direito Internacional” (SILVA, 2005, p. 40).

O autor acrescenta a característica de que acordo deve ser realizado por Estado ou outras pessoas reconhecidas pela sociedade internacional, para que seja, de fato, um acordo legal, baseado na livre escolha dos mesmos.

Deve-se enfatizar o grande mérito das **Convenções de Viena sobre direito dos tratados** de 1969 e de 1986, por estabelecer que o direito de firmar tratados deixasse de ser qualidade específica dos estados, podendo ser exercidas também pelas demais pessoas internacionais, mormente as organizações internacionais. Que por meio da Convenção de 1986 ficou declaradamente estipulado como tal direito pode ser exercido por sujeitos de direito internacional, não apenas como já fizera a Convenção de 1969, em relação aos estados, mas especificadamente para as organizações intergovernamentais. O direito da **Cruz Vermelha Internacional** é um grande exemplo. (ACCIOLY, SILVA, CASELLA, 2008. p. 132).

## 2.2 PROCESSOS DE FORMAÇÃO DOS TRATADOS

O exercício do poder de celebrar tratados varia de acordo com as exigências constitucionais de cada Estado. No geral, o processo de formação dos tratados começa com a negociação, conclusão e assinatura do tratado, e estes são de competência do poder executivo, na pessoa do presidente ou ministro das relações exteriores. A assinatura é um aceite precário e provisório, não produz nenhum efeito jurídico interno.

Após a assinatura do tratado pelo poder executivo, o mesmo deve ser encaminhado ao poder legislativo para sua apreciação e aprovação. Em sequência, após aprovado pelo legislativo, há o ato de ratificação do tratado pelo executivo, significando a confirmação formal por um Estado de que está obrigado a um tratado. A etapa final é a troca dos instrumentos ou depósito dos mesmos em um órgão que assuma a custódia.

No caso brasileiro há a necessidade de um ato normativo do Executivo para que o tratado produza efeitos jurídicos no ordenamento jurídico interno, chamado decreto de execução (PIOVESAN, 2014).

Para que um tratado produza efeitos no ordenamento jurídico interno faz-se necessário a edição de um ato normativo nacional. No caso brasileiro, esse ato tem sido um decreto de execução, adotado pelo Presidente da República, com a finalidade de promulgar o tratado ratificado na ordem jurídica interna, conferindo-lhe execução, cumprimento e publicidade no âmbito interno. A expedição de tal decreto tem sido exigida pela jurisprudência do STF, como um “momento culminante” no processo de incorporação dos tratados, sendo uma “manifestação essencial e insuprimível” (PIOVESAN, 2014).

É entendimento já pacificado pelo STF, a exigência do decreto presidencial:

“O decreto presidencial que sucede à aprovação congressual do ato internacional e à troca dos respectivos instrumentos de ratificação, revela-se – enquanto momento culminante do processo de incorporação desse ato internacional ao sistema jurídico doméstico – manifestação essencial e insuprimível, especialmente se considerados os três efeitos básicos que lhe são pertinentes: a) a promulgação do tratado internacional; b) a publicação oficial do seu texto; c) a executoriedade do ato internacional, que passa então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno” (ADI 1.480-DF, Min. Celso de Mello, informativo STF. n. 109, DJU, 13-05-1998).

Para Piovesan essa regra não se aplica aos tratados internacionais de direitos humanos, que, por força do art. 5º, § 1º, tem aplicabilidade imediata, isto se dá, diante do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Os tratados de direitos humanos, logo depois de ratificados, geram efeitos no cenário internacional e interno, dispensando-se a edição do aludido decreto presidencial. Já nos tratados tradicionais há a exigência do decreto (PIOVESAN, 2014, p. 161).

## 2.3 STATUS NORMATIVO

Segundo posicionamento do Supremo Tribunal Federal, após a promulgação por decreto presidencial seguida da publicação do texto em português no Diário Oficial, o tratado acordo ou ato internacional adquire executóriedade no plano do direito positivo interno guardando estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias (RE 80.004-SE, DJ, 29.12.1977, p. 9433, RTJ 83/809, REL. p/ acórdão Min. Cunha Peixoto, ADI 1480-DF, Rel. Min. Celso de Melo, 04.09.1997, DJ, 18.05.2001, p. 429).

Os tratados que não versarem sobre direitos humanos sempre serão incorporados como norma infraconstitucional, ainda que eventualmente aprovados pelo procedimento das emendas. Não existe a possibilidade de serem elevados ao patamar da Constituição sob o aspecto material, não há necessidade de submeter ao procedimento legislativo especial, devendo ser submetido à apreciação em sessão conjunta do Congresso com aprovação por maioria simples (MAZZUOLI, 2004)

Já os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos é um assunto importante e muito discutido entre os doutrinadores. Pois, a inserção pela Emenda Constitucional n. 45/2004, de um 3º parágrafo ao art. 5º da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos: “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos por três quintos dos votos dos respectivos membros serão equivalentes a emendas constitucionais” (CF/88, EC 45, art. 5º, § 3º).

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos e desde que aprovados por 3/5 dos votos de seus membros em cada Casa do Congresso Nacional em 2 turnos de votação (cf. art. 60, §2º, art. 5º, § 3º), equivalem a emendas constitucionais, guardando desde que observem os limites do poder de reforma, estrita relação de paridade com as normas constitucionais. Tratados e convenções internacionais de outra natureza tem força de lei ordinária (PIOVESAM, p. 67).

Os §§ 1º e 2º do artigo 5º da Constituição tem por objetivo o de assegurar a aplicabilidade direta pelo Poder Judiciário nacional da normativa internacional de proteção, elevada a nível constitucional. O §2º da Constituição concede um tratamento especial aos tratados de direitos humanos, situada no capítulo I, “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, do título II, “Dos Direitos e Garantias

Fundamentais”. Ademais, o disposto no referido parágrafo encontra-se aberto a todos os tratados de direitos humanos que vinculam o Brasil, abarcando-os. (TRINDADE, 2001, 28-29).

Os tratados de internacionais de direitos humanos aprovados anteriores a EC 45, tem natureza jurídica de norma supralegal conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal. Foi a partir do voto do Min. Celso de Mello, que se deu início a uma nova pirâmide normativa com o reconhecimento do valor supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos. O voto foi lido no dia 03.12.2008 (no Pleno do Supremo Tribunal Federal –HC 87.585 –TO e RE 466.343 –SP).

Em razão da inovação que conferiu status de norma supralegal aos tratados internacionais sobre direitos humanos, surge uma nova pirâmide normativa, que nada mais é do que o controle vertical das leis face os tratados e em face à Constituição Federal, bem como dos tratados internacionais sobre direitos humanos face à Constituição Federal.

A aprovação da Emenda Constitucional 45/2004, foi um marco histórico para o ordenamento jurídico brasileiro, mostrou o interesse do Estado em combater as injustiças contra o ser humano. A dupla verticalização se deu pelo fato do Estado querer resguardar os direitos fundamentais sem os quais o ser humano não vive. Colocou-os em posição superior na pirâmide normativa.

Gomes e Molina em seu livro de Direito Penal, recorda que em nosso ordenamento jurídico o STF sempre adotou a teoria da equivalência legislativa entre tratados e as leis ordinárias. E esse pensamento clássico somente no final de 2006 começou a mudar a partir do voto do Min. Gilmar Mendes, sendo certo que se passou a conceber que os tratados internacionais sobre direitos humanos possuem status normativo supralegal, tornando incompatíveis todos dispositivos legais com eles conflitantes (GOMES, MOLINA, 2007)

A afirmação acima é anterior à decisão que, por maioria, aprovou o status supralegal dos tratados internacionais sobre direitos humanos, datada de março de 2008. Neste sentido, vale destacar o que Gomes e Molina disseram sobre a forma que seria a nova pirâmide normativa.

[...] os tratados sobre direitos humanos incorporam-se no Direito brasileiro ora como Emenda Constitucional (CF, art.5º, §3º, quando aprovados por três quintos de cada casa legislativa, ora como norma supralegal (por força da jurisprudência citada) ou como norma constitucional (de acordo com consolidado posicionamento doutrinário). A lei ordinária incompatível com o

tratado não possui validade. De qualquer modo, é certo que o tratado não “revoga” texto constitucional. Aliás, em matéria de direitos humanos o que prepondera é o princípio pro hominen, que possui o seguinte significado: sempre vale a norma que mais amplia o exercício do direito, da liberdade ou da garantia (GOMES, MOLINA, 2007, p. 25).

Como citado acima, em razão da relevância dos direitos dos direitos humanos e para lhe dar a devida importância, o ordenamento jurídico pátrio conferiu aos tratados de direitos humanos, que não forem aprovados de segundo a EC 45, o *status* de norma supralegal.

## 2.4 MONISMO X DUALISMO

O monismo jurídico prega a existência de uma ordem jurídica única. Uma de suas duas vertentes, afirma a existência de um só direito, o interno, o monismo com primazia do direito interno, a outra vertente afirma a existência de duas ordens jurídicas, o monismo como primazia do direito internacional.

Para a primeira, o que se denomina direito internacional público nada mais seria do que um direito estatal externo. E a base dessa afirmação é o fato de o direito internacional público originar-se nas manifestações soberanas de vontade dos Estados. Um tratado internacional só existe porque dois ou mais Estados manifestaram-se formalmente o desejo de se vincularem ao objeto, e só podem desvincular-se por meio de outra manifestação de vontade, a “denúncia”.

Trata-se de ato unilateral por parte de um Estado signatário original ou aderente, no sentido de não mais estar interessado em permanecer vinculado a um tratado internacional. Para a segunda, a ideia é oposta existindo apenas uma ordem jurídica, e as normas de direito internacional prevalecem sobre as de direito interno. Essa concepção dificilmente virá a abarcar todos os Estados, mas é um desejo antigo dos internacionalistas.

Desde a criação da Liga das Nações, após a Primeira Guerra Mundial, vem-se procurando firmar o entendimento de que as normas internacionais devem prevalecer sobre as nacionais, devendo essas últimas conformar-se àquelas. Essa conformação muitas vezes não ocorre, e os Estados acabam editando normas incompatíveis com regras de direito internacional, mesmo implicando em responsabilizações.



A revogação automática de normas nacionais e incorporação automática por recepção das normas internacionais ainda não é uma realidade. Essa incompatibilidade, de certas normas nacionais, provoca tão somente pressão regional ou internacional, isso inclui a opinião pública, esta ocorre principalmente nas questões de violações de direitos humanos.

Já o dualismo, continua Garcia Junior (ANO) o critério dualístico afirmou a coexistência de duas ordens jurídica, uma nacional e outra internacional, ambas gozavam de autonomia própria e atuando em esferas diferentes, e por isso nunca se chocavam. Sendo assim não é possível à norma de direito internacional revogar automaticamente normas de direito internos com ela incompatíveis.

A revogação de uma norma interna só pode ser feita por procedimento de direito interno. No critério dualístico, os conflitos de normas ocorrem no plano interno, pois, a norma internacional precisa primeiro, ser internalizada (GARCIA JUNIOR, 2004, p. 96 – 103).

O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional foi internalizado na ordem jurídica nacional por meio do Decreto nº 4.388/02, o referido Estatuto apresenta algumas normas que à primeira vista conflita com a Constituição Federal de 1988, por isso será objeto de análise no próximo capítulo.

### 3 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Após a Primeira e Segunda Grande Guerra a humanidade desejou a instituição de uma justiça penal internacional com jurisdição universal e de caráter permanente. E a custo de muito sangue derramado, finalmente conseguiu-se criar uma justiça penal internacional, começando então, uma nova era no direito internacional e nas relações internacionais. O Tribunal Penal Internacional foi criado pelo Estatuto de Roma de 1998, no dia 17 de julho, seu estatuto foi aprovado por cento e vinte votos favoráveis, sete votos contrários e vinte abstenções, em 11 de abril de 2002, mais de 66 países já haviam ratificado o tratado, entrando em vigor no dia 1º de dezembro de 2002.

#### 3.1 PRECEDENTES HISTÓRICOS

O direito internacional público moderno, foi criado a partir de um desenvolvimento histórico, abrangendo algumas tendências positivas ou não, agrupadas em oito momentos distintos: a universalização; a regionalização; a objetivação; a codificação; e, finalmente a jurisdicionalização.

A primeira é a universalização, o direito internacional não é mais um direito euro-americano, e sim um direito universal, abarca todas as nações e todos os povos; a segunda tendência é a regionalização, que é a criação por vários Estados de espaços regionais por razões econômicas, políticas ou culturais, encontrando dentro dessas comunidades e dentro dos Estados, formas de cooperação bem mais efetivas.

A terceira é a institucionalização, pois o direito internacional deixa de ser uma relação bilateral ou multilateral entre Estados e passa a fazer parte dos organismos internacionais, na Organização das Nações Unidas e em suas agências especializadas; a funcionalização é a quarta tendência, pois o direito internacional passa a ultrapassar o âmbito das relações externas entre os Estados, e vai se introduzindo em matérias de direito interno, assumindo tarefas para a regulamentação e solução de problemas, acompanhando a criação de organismos internacionais, que complementam os ministérios nacionais.

A humanização é a mais importante das tendências por que passou o direito internacional, devido ao nascimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o

direito internacional ganha uma figura humanizadora, a criação de normas de proteção de direitos no pós-guerra, a criação da Carta das Nações Unidas (1945) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e com o surgimento vários tratados de proteção de direitos humanos; a objetivação é outra tendência a ser observada no direito internacional, procura superar o dogma voluntarista, que segundo a vontade dos atores internacionais é o único fundamento para a existência do direito internacional público, passando agora a criar regras livres e independentes da vontade dos Estados.

A outra tendência do direito internacional e também propósito da Assembleia Geral da ONU é a codificação do direito internacional, já foram vários os textos internacionais codificados de comissões da ONU, como as grandes convenções de Direito Internacional Público e de Direito Internacional de Direitos Humanos; a ultima tendência do direito internacional é a jurisdicionalização, pois, com o desenvolvimento de regras de proteção internacional, necessário se faz a criação de tribunais internacionais de várias naturezas para decidirem sobre questões de violações de direitos humanos. O propósito é caminhar no sentido da institucionalização e da imposição da jurisdição internacional obrigatória, superando assim, as cláusulas facultativas (MAZZUOLI, 2011, p. 21 a 27).

Contudo, a análise jurídica do Tribunal Penal Internacional não pode ficar condicionada à mentalidade de direito interno dos Estados. Não se pode compreender o exato funcionamento do TPI e suas implicações no ordenamento jurídico dos seus diversos Estados-partes, estudando-o com uma visão interna no que tange às matérias por ele disciplinadas. Isto é, em direito internacional penal não se pode pensar da mesma forma como se pensa em se tratando direito interno, sob pena de os seus conceitos não serem bem compreendidos e sob pena de não se poder jamais atingir o principal escopo do TPI, que é punir individualmente aqueles responsáveis pelo cometimento dos piores e mais bárbaros crimes contra a dignidade dos seres humanos (MAZZUOLI, 2011, p. 21).

O primeiro tribunal penal internacional foi estabelecido em 1474, em Breisach Alemanha, para julgar Peter Von Hagenbach, pois permitiu que suas tropas estupassem e matassem civis, saqueando suas propriedades.

Em 1860, Gustav Monnier, um dos fundadores da Cruz Vermelha, propôs a elaboração de estatuto para a criação de um tribunal penal internacional, sem contudo encontrar apoio (PIOVESAN, 2014, p.271).

Algumas tentativas de formação de um Tribunal Penal Internacional surgiram após a Primeira Guerra Mundial, motivada pelas violações às leis e costumes

internacionais então cometidas. O apego a uma teoria rígida de soberania, centralizada na figura do Estado, e a não aceitação pelos países vencidos de uma jurisdição de cunho pessoal, pautada pela nacionalidade do acusado, fizeram com que os tribunais não fossem instituídos. Podem-se destacar três tentativas de criação, relativas respectivamente ao Tratado de Sevres, ao Tratado de Versailles e à Convenção Contra o Terrorismo. A primeira teve início com a proposta da Comissão para a Responsabilização dos Autores da Guerra e para a Execução de Penas por Violações a Leis e Costumes de Guerra (Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on the Enforcement of Penalties for Violations of the Laws and Customs of War). Instituída em 1919, a Comissão defende a criação de “tribunal superior” competente para julgar todos os indivíduos inimigos que houvessem violado as “leis e os costumes de guerra e leis da humanidade” (PIOVESAN, 2014, p. 272).

As grandes barbáries cometidas durante a segunda guerra, marcada por uma ideia de descartabilidade do ser humano, levou os aliados a criarem os tribunais penais internacionais: em Nuremberg e em Tóquio. Assinado em Londres o acordo que criou o tribunal de Nuremberg pelos quatro aliados: Estados Unidos, Reino Unido, França, União Soviética, em oito de agosto de 1945. E tinha como objetivo a responsabilização criminal de indivíduos, com jurisdição para processar crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, com poder para alcançar mesmo os indivíduos respaldados por imunidades, como chefes de Estados.

O tribunal de Nuremberg foi criado por países vencedores e por isso recebeu inúmeras críticas, pois, por ter sido criado após o cometimento dos crimes, e por ter aplicado retroativamente a leis penais. O mesmo tribunal se recusou a condenar soldados americanos e ingleses, por crimes semelhantes aos praticados pelos não aliados.

A Carta do Tribunal Internacional Militar para o Extremo Oriente adotada em 19 de janeiro de 1946, seguiu as mesmas regras, também recebeu críticas, pois, tinha características de tribunal de vencedores. Mas o Tribunal de Tóquio teve composição mais diversificada que o de Nuremberg, sendo mais aproximado das regras de imparcialidade.

A Convenção para a Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, em 08 de dezembro de 1948, definiu o crime de genocídio como sendo um crime contra a ordem internacional, e foi a partir daí que se iniciou os trabalhos para a criação de um tribunal penal internacional permanente. Em 1951, foi estabelecido um Comitê pela Comissão de Direito Internacional, que apresentou a primeira versão do

estatuto do tribunal internacional. Em 1953, a versão foi revisada, mas os trabalhos foram suspensos, trinta e cinco anos depois, em 1989, ano da queda do muro de Berlim. Cabe ressaltar que a criação do tribunal penal internacional foi impulsionada devido a criação de tribunais *ad hoc* para julgar os crimes de guerra na antiga Iugoslávia e em Ruanda, por meio da Resolução n. 827/93 e da Resolução n. 955/94 do Conselho de Segurança das Nações Unidas (PIOVESAN, 2014, p. 272 a 275).

Como resposta às atrocidades cometidas pelos nazistas no Holocausto, criou-se, por meio do Acordo de Londres, de 08 de agosto de 1945, o conhecido Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, que significou um poderoso impulso ao movimento de internacionalização dos direitos humanos. Este tribunal, criado pelos governos da França, Estados Unidos, Grã-Bretanha e da antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, surgiu, em reação direta às violências e barbáries do Holocausto, para processar e julgar os “grandes criminosos de guerra” do Eixo Europeu, acusados de colaboração direta para com o regime nazista (MAZZUOLI, 2011, p. 30).

Também merece destaque, a criação do Tribunal Militar Internacional de Tóquio, instituído com o objetivo de julgar os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade, cometidos por autoridades políticas do Japão imperial. Outros tribunais mais recentes foram os criados para julgar as atrocidades cometidas no território da antiga Iugoslávia e em Ruanda, sediados respectivamente na Holanda e na Tanzânia (MAZZUOLI, 2011, P. 34):

Sabe-se que a idealização de tribunais penais internacionais deu-se com o pulular das grandes guerras e dos conflitos étnicos (conflitos estes, via de regra, intestinos), no século XX, potencializados, é certo, por profunda revolução na tecnologia bélica.

Sem embargo, tais tribunais, por apresentarem natureza *ad hoc*, sempre tiveram sua legitimidade, imparcialidade e, por conseguinte, seriedade contestada. Tribunais como o de Nuremberg e Tóquio caracterizaram-se muito mais como mecanismos de uma velada vingança, promovida abertamente pelos países vencedores, do que propriamente como instituições de defesa dos direitos humanos. Sua criação atual, por via do Conselho de Segurança da O.N.U., bem denota, pelo poder de veto dos cinco membros permanentes, essa característica política que lhes tem perseguido a existência. Em virtude disso, surgiu um demanda mundial por um órgão julgador imparcial e independente, o qual, para tanto, deveria atender a um pressuposto básico: ser permanente (TAVARES, 2007, p. 487).

O resultado desse movimento em busca de uma jurisdição internacional imparcial, foi alcançada com a aprovação do Estatuto de Roma, do qual o Brasil é signatário.

Em 17 de julho de 1998 foi adotado o Estatuto do Tribunal Penal Internacional (TPI), seus Anexos e a Ata Final da Conferência de Roma sobre o estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional.

A ideia da criação de tribunal criminal internacional permanente já havia sido cogitada em 1948, quando a Assembleia Geral das Nações Unidas pediu a CDI que examinasse a possibilidade de ser criado tribunal para julgar os casos semelhantes aos que haviam sido submetidos aos Tribunais de Nuremberg e o de Tóquio, mas o agravamento da Guerra Fria impediu que a iniciativa tivesse prosseguimento.

No início da década de 1990, a questão voltou a ser suscitada, e as Nações Unidas novamente solicitaram a colaboração do CDI. O anteprojeto elaborado foi, contudo, considerado excessivamente conservador. O projeto finalmente submetido à Conferência de Roma continha inúmeras modificações de natureza político-jurídica.

Mais ou menos na mesma época foram criados pelo Conselho de Segurança o tribunal para julgar os crimes de genocídio e os crimes contra a humanidade, tendo em vista as atrocidades verificadas na Iugoslávia a partir de 1993, e outro para apreciar crimes análogos verificados em Ruanda em 1994.

O principal dispositivo de Estatuto, que figura no artigo 1º, é o princípio da complementariedade, nos termos do qual a jurisdição do TPI terá caráter excepcional e complementar, isto é, somente será exercida em casos de manifesta incapacidade ou falta de disposição de um sistema judiciário nacional para exercer sua jurisdição primária. Ou seja, os estados terão primazia para investigar e julgar os crimes previstos no estatuto do Tribunal (ACCIOLY, SILVA, CASELLA, 2008. p. 794).

O Tribunal Penal Internacional representa um grande avanço para o direito internacional, diferentemente dos tribunais criados no fim da Segunda Guerra, pois é um tribunal permanente e não um tribunal de vencedores ou pelas grandes potências.

### 3.2 CARACTERÍSTICAS DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Para Mazzuoli (2009, p. 46) o Tribunal Penal Internacional possui características peculiares que o distingue dos demais tribunais internacionais já criados.

Para o autor a primeira delas é não ter sido criado por um tratado simples, e sim por um tratado especial de natureza centrífuga, e por isso detém natureza supraconstitucional, portanto, suas normas derrogam todas as normas de direito interno que com elas confrontarem.

Os tratados ou normas de direitos humanos centrífugos são os que regem as relações jurídicas dos Estados ou dos indivíduos com a chamada jurisdição global (ou universal). Nominam-se centrífugos exatamente porque são tratados que saem (ou fogem) do centro, ou seja, da jurisdição comum, normal ou ordinária, retirando, retirando o sujeito ou o Estado (e relação jurídica subjacente) do seu centro, isto é, do seu território ou mesmo da sua

região planetária, para levá-los à autoridade da justiça universal (MAZZUOLI, 2011, p. 47).

Trata-se de tratados ou normas capazes de retirar o Estado ou sujeito da jurisdição interna ou regional de que é parte e leva-los a um órgão de jurisdição global (organismo das Nações Unidas com atuação universal. Afirma ainda o autor que o único organismo com jurisdição universal existente atualmente é o Tribunal Penal Internacional.

A segunda grande característica do tribunal é sua independência, o seu funcionamento não depende de nenhuma ingerência externa, podem demandar nacionais de Estados não signatários do Estatuto, dado seu caráter universal.

Foi exatamente o que ocorreu em julho de 2008, quando se formulou um pedido cautelar contra o ditador do Sudão Omar Bashir, acusado de genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade (tendo a ONU estimado em 300 mil, o número de mortos, sendo que 35 mil eram agricultores de três tribos) (MAZZUOLI, 2011, p. 48).

Em março de 2009 o Tribunal, por decisão de um grupo de três juízes expediu o primeiro mandado de prisão contra um Chefe de Estado em exercício, de um país não signatário do Estatuto.

A terceira característica do TPI, é que funciona como uma justiça automática, para seu funcionamento não depende de qualquer aceite do Estado da sua competência jurisdicional, operando automaticamente desde a sua entrada em vigor (MAZZUOLI, 2011, p. 48).

### 3.3 ESTRUTURA, FUNCIONAMENTO E JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

O Tribunal Penal Internacional é composto de quatro órgãos, quais sejam: a) Presidência, b) Câmaras, c) Promotoria, d) secretaria. A Presidência é integrada por três juízes, responsáveis pela administração do Tribunal; as Câmaras, divididas em Câmara de Questões Preliminares, Câmaras de Primeira Instância e Câmara de Apelações; a Promotoria, órgão autônomo do Tribunal, competente para receber denúncias sobre crimes e examiná-las, investiga-las e propor ação penal junto ao Tribunal; Secretaria cuida da administração do Tribunal em seus aspectos não judiciais. O Tribunal é composto por dezoito juízes, eleitos na Assembleia dos

Estados partes de acordo com uma distribuição geográfica equitativa e representação de gênero (PIOVESAN, 2014, p. 276).

O Estatuto do TPI possui 128 artigos e um preâmbulo, num total de treze capítulos, quais sejam: I- criação do Tribunal; II- competência, admissibilidade e direito aplicável; III- princípios gerais do direito penal; IV- composição e administração do Tribunal; V- inquérito e procedimento criminal; VI- o julgamento; VII- as penas; VIII- recurso e revisão; IX- execução da pena; XI- assembleia dos Estados-partes; XII- financiamento; e XIII- cláusulas finais.

A competência do TPI é subsidiária em relação aos Estados-partes, o artigo 1º consagrou o princípio da complementariedade, ou seja, o TPI não pode interferir nas jurisdições nacionais, pois ainda tem responsabilidade primária para investigar, processar e punir os crimes praticados por seus nacionais, salvo se os Estados forem incapazes, ou não evidenciar nenhuma vontade de punir seus criminosos. A jurisdição do Tribunal não é estrangeira, trata-se de uma jurisdição internacional, podendo afetar todo e qualquer estado parte da Organização (MAZZUOLI, 2011, p. 49).

O princípio da complementariedade tem por base duas outras regras: a da publicidade e a da possibilidade de impugnação do processo. O artigo 18 (2) do Estatuto ressalta a necessidade de notificação dos Estados-partes com jurisdição sobre um determinado caso sempre que o Tribunal iniciar investigações, para que os Estados possam manifestar-se no tocante ao exercício ou não de sua jurisdição. No entanto essa regra é criticada por alguns internacionalistas, por possibilitar uma eventual destruição de provas por agentes envolvidos em um caso determinado antes mesmo do início das investigações. O próprio Estatuto, todavia, ameniza o problema ao permitir que o promotor realize a qualquer tempo, após autorização da Câmara de Questões Preliminares, as investigações necessárias à preservação de evidências. Já no artigo 19 do Tratado estabelece o direito do Estado com jurisdição sobre o caso de impugnar, por uma única vez, a jurisdição do Tribunal Penal Internacional. O Estado deve, no entanto, fazê-lo antes ou no início do processo, na primeira oportunidade que tiver (PIOVESAN, 2014, p. 282).

A implantação do Tribunal Penal Internacional, pelo Estatuto de Roma, já em seu artigo 1º já indica seu caráter complementar no tocante as jurisdições nacionais. O princípio da complementariedade já fora observado desde o início dos trabalhos de formulação do Estatuto de Roma, havendo um consenso geral de que o Tribunal não teria primazia sobre as jurisdições nacionais, e adotaria o princípio da complementariedade (MAIA, 2001 p. 77). Eis o que dispõe o artigo 1º do Estatuto de Roma:



É criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional ("o Tribunal"). O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais. A competência e o funcionamento do Tribunal reger-se-ão pelo presente Estatuto. (BRASIL, 2002).

Explica Mazzuoli (2002, p. 51), que desde o preâmbulo, já ficou estabelecido pelos Estados a intenção de criar um Tribunal Penal Internacional, permanente e totalmente independente, no âmbito das Nações Unidas, complementar às jurisdições nacionais, com competência para processar e julgar pessoas acusadas de cometer crimes graves capaz de afetar a toda a sociedade internacional.

Além do princípio da complementariedade há também o princípio da cooperação, o Estatuto impõe aos Estados-partes a obrigação de cooperar totalmente com o Tribunal tanto na investigação como no processamento de crimes sob suas jurisdições, ainda na cooperação deve o Estado-parte buscar adotar medidas internas para implementação do Estatuto, tais como: a entrega de pessoas ao tribunal, a realização de prisões preventivas, a produção de provas, a execução de busca e apreensões e a proteção de testemunhas. Caso não haja o cumprimento dos pedidos de colaboração, acarretará a comunicação da questão à assembleia de Estados-partes (PIOVESAN, 2014, P. 287).

### 3.4 COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

O Tribunal é competente para julgar e processar indivíduos acusados de cometer os crimes mais graves que afetam a sociedade internacional. Tais crimes podem ser classificados em quatro categorias. A competência *ratione materiae*: crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão.

A competência *ratione temporis* do Tribunal é definida de forma clara: o tribunal terá competência para processar e julgar os crimes cometidos após a sua instituição, isto é, a partir de 1º de julho de 2002, data em que seu Estatuto entrou em vigor no cenário internacional (art. 11, § 1º). Os crimes cometidos logo após a entrada em vigor são imprescritíveis.

Já no caso da competência *ratione personae*, o Tribunal tem competência sobre pessoas físicas maiores de 18 anos. Os Estados, as organizações internacionais e as pessoas jurídicas de direito privado são excluídos da competência do Tribunal.

A competência territorial, a jurisdição do Tribunal pode ser exercida sobre qualquer Estado-parte da Organização das Nações Unidas, ainda que o Estado do qual o acusado seja nacional não tenha ratificado o Estatuto, nem aceito a jurisdição do Tribunal para julgamento do crime em questão. Trata-se de jurisdição internacional (MAZZUOLI, 2011, p. 54).

No que se refere a competência material, o Estatuto acolheu algumas definições de outras convenções para o crime de genocídio. Foi acolhida a mesma definição estipulada pelo art. 2º da Convenção para a Prevenção e Repressão do Genocídio adotada pelas Nações Unidas em 9 de dezembro de 1948, essa mesma Convenção foi ratificada pelo Brasil em 1951. Havia diferença entre o crime de genocídio e crime contra a humanidade, já que este último era restrito aos períodos de guerra. Mas houve a ampliação do conceito de crimes contra a humanidade também para o período de paz. O crime de genocídio diferencia de outros crimes analisando seu fator distintivo, que é o dolo específico, concernente na vontade de “destruir, total ou parcialmente, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso”. A destruição pode ser física ou cultural (PIOVESAN, 2014, p. 277).

O art. 6º do Tribunal Penal Internacional define o crime de genocídio como:

Artigo 6º

Crime de Genocídio

Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "genocídio", qualquer um dos atos que a seguir se enumeram praticados com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal:

- a) Homicídio de membros do grupo;
- b) Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) Sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial;
- d) Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo;
- e) Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo (Decreto nº 4.388/02).

Já os crimes contra a humanidade, foram definidos de forma mais extensiva no Estatuto de Roma do que em Nuremberg, houve uma especial tipificação dos crimes ligada ao gênero, e compreende a agressão sexual, prostituição forçada, a

gravidez forçada, ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável. O fator distintivo desses crimes é o fato de fazerem parte de um ataque sistemático ou em grande escala contra civis (PIOVESAN, 2014, p. 277).

No que se referem aos crimes de guerra, derivaram principalmente das quatro Convenções de Genebra realizada em 1949 e da Convenção de Haia IV de 1907, abarcando tanto a proteção dos combatentes quanto a não combatentes, não estabelecendo qualquer restrição quanto à magnitude das ofensas. Inovando nesse caso, ao estipular violações para situações de conflitos internos, e não somente para somente para os internacionais (PIOVESAN, 2014, p. 278).

Para a definição do crime de agressão, o Estatuto condicionou o exercício da jurisdição do Tribunal para definir a conduta tipificada nos termos de seu art. 5º, § 2º. O crime de agressão compreende planejar, preparar, iniciar ou executar ato de agressão, que, por sua natureza, gravidade e impacto, constitua-se em manifesta violação à Carta da ONU, por parte de pessoas que estejam efetivamente no exercício do controle do Estado ou diretamente tenha o controle político ou militar do Estado (PIOVESAN, 2014, p. 279).

Artigo 5º, § 2º

Crimes da Competência do Tribunal

2. O Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos 121 e 123, seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a este crime. Tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas (DECRETO nº 4.388/02).

O art. 5º do Estatuto de Roma limita a competência do Tribunal aos crimes acima estudados, quais sejam: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão, que é considerado pelo Estatuto como os crimes mais graves que afetam a sociedade internacional no seu todo.

Assim pode-se perceber que nem todos os crimes internacionais graves integram a competência *ratione materiae* do Tribunal. A competência jurisdicional do Tribunal é taxativa no Estatuto, que especifica a categoria dos crimes internacionais mais graves.

Mas isso não quer dizer que não exista outros crimes internacionais que mereçam ser reprimido pelo Direito Internacional, como o terrorismo e o financiamento ao terrorismo. Há a possibilidade de revisão sobre a lista de crimes do

art. 5º, e esta revisão pode ser requerida por qualquer Estado-parte ao Secretário-Geral da ONU. É o que preceitua ao art. e 123, § 2º do referido Estatuto.

### 3.5 RESPONSABILIDADE PENAS INTERNACIONAL DO INDIVÍDUO

Para Mazzuoli (2011, p. 77): o elemento principal do Estatuto de Roma de 1998, é a consagração do princípio em que a responsabilidade penal por atos violadores do Direito Internacional deve recair sobre as pessoas que os perpetraram, inexistindo os efeitos das eventuais imunidades e privilégios ou a posição ou os cargos oficiais que os mesmos por acaso ocupem.

O art. 25 e parágrafos preceitua:

#### Responsabilidade Criminal Individual.

1. De acordo com o presente Estatuto, o Tribunal será competente para julgar as pessoas físicas.

2. Quem cometer um crime da competência do Tribunal será considerado individualmente responsável e poderá ser punido de acordo com o presente Estatuto.

3. Nos termos do presente Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem:

a) Cometer esse crime individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja, ou não, criminalmente responsável;

b) Ordenar, solicitar ou instigar à prática desse crime, sob forma consumada ou sob a forma de tentativa;

c) Com o propósito de facilitar a prática desse crime, for cúmplice ou encobridor, ou colaborar de algum modo na prática ou na tentativa de prática do crime, nomeadamente pelo fornecimento dos meios para a sua prática;

d) Contribuir de alguma outra forma para a prática ou tentativa de prática do crime por um grupo de pessoas que tenha um objetivo comum. Esta contribuição deverá ser intencional e ocorrer, conforme o caso:

i) Com o propósito de levar a cabo a atividade ou o objetivo criminal do grupo, quando um ou outro impliquem a prática de um crime da competência do Tribunal; ou

ii) Com o conhecimento da intenção do grupo de cometer o crime;

e) No caso de crime de genocídio, incitar, direta e publicamente, à sua prática;

f) Tentar cometer o crime mediante atos que contribuam substancialmente para a sua execução, ainda que não se venha a consumir devido a circunstâncias alheias à sua vontade. Porém, quem desistir da prática do crime, ou impedir de outra forma que este se consuma, não poderá ser punido em conformidade com o presente Estatuto pela tentativa, se renunciar total e voluntariamente ao propósito delituoso (DECRETO Nº 4.388, DE 25 DE SETEMBRO DE 2002).

Para Neto (2008, p. 283)

A ideia de responsabilidade individual é um princípio fundamental sobre o qual se funda a jurisdição penal, pessoal, sem a qual os autores desses crimes permaneceriam impunes. O princípio é revestido de inegável importância quando se trata de julgar crimes em ampla escala, como aqueles que recaem sob a jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

A responsabilidade penal do indivíduo foi um grande avanço beneficiando toda a humanidade, pois o Tribunal terá competência de forma igual a todas as pessoas, independente de sua qualidade de oficial ou chefe de Estado ou de governos, tão pouco membro de parlamento, funcionário público ou representante eleito, nenhum deles poderá escapar da persecução criminal, alegando tais motivos.

A responsabilidade penal do indivíduo veio reforçar o reconhecimento da personalidade jurídica do homem no direito das gentes. Pois anteriormente falava-se que o indivíduo teria direitos reivindicáveis no plano internacional, mas não obrigações, em caso de ilícitos cometidos, a responsabilidade devia recair no Estado do qual fazem parte, tendo o Estado que responder no plano internacional. A consagração da responsabilidade do indivíduo fez com que este tenha direito, mas também obrigações junto a ordem internacional (MAZZUOLI, 2011, P. 80).

### 3.6 PENAS APLICÁVEIS

Em se tratando de penas, o Estatuto prevê, em seu art. 77, pena máxima de até 30 anos, admitindo excepcionalmente a prisão perpétua, quando justificada a extrema gravidade do crime cometido e pelas circunstâncias pessoais do condenado.

O art. 77, do Estatuto de Roma preceitua as penalidades aplicáveis aos crimes de competência do Tribunal.

#### Artigo 77

##### Penas Aplicáveis:

1. Sem prejuízo do disposto no artigo 110, o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no artigo 5o do presente Estatuto uma das seguintes penas:

- a) Pena de prisão por um número determinado de anos, até ao limite máximo de 30 anos; ou
- b) Pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem,

2. Além da pena de prisão, o Tribunal poderá aplicar:

- a) Uma multa, de acordo com os critérios previstos no Regulamento Processual;
- b) A perda de produtos, bens e haveres provenientes, direta ou indiretamente, do crime, sem prejuízo dos direitos de terceiros que tenham agido de boa-fé (DECRETO Nº 4.388/02).

Quanto à aplicação da pena de prisão perpétua a brasileiros, vai de encontro com a CF/88, pois em seu art. 5º, XLVII, b, prescreve que não haverá penas de caráter perpétuo, sendo também cláusula pétrea, conforme o art. 60, § 4º, IV da CF/88. A aplicabilidade da pena de prisão perpétua pelo Tribunal Penal Internacional e o possível conflito com a Constituição é cerne deste trabalho. Sendo assim, diante de um possível conflito, qual norma deve prevalecer? A prevalência da previsão constitucional quanto à vedação da aplicação da pena perpétua ou acolhimento da previsão do Tribunal Penal Internacional em todos seus termos, exceto a prisão perpétua.

#### **4 O APARENTE CONFLITO NORMATIVO ENTRE O TRIBUNAL PENAL E A CF/88**

Em 08 de dezembro de 2004, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional 45/2004, chamada de reforma do judiciário, já estava em tramitação há 13 anos. A Emenda Constitucional nº 45 ingressou a pouco tempo e por ventura não existem muitas obras escritas sobre o assunto, também os tribunais não tiveram oportunidade de se pronunciarem sobre algumas novidades.

A Emenda Constitucional 45/04 alterou um total de 25 (vinte e cinco) artigos e acrescentou outros quatro. Pelo tamanho das alterações que foram trazidas, muitos interesses foram contrariados, sendo ajuizadas várias Ações Diretas de Constitucionalidade, procurando declarar inconstitucionais alguns dispositivos do texto da Emenda.

A EC 45/04 acrescentou ao artigo 5º, da Constituição, o parágrafo 4º, que tem a seguinte redação: “o Brasil se submete à Jurisdição do Tribunal Penal Internacional à cuja criação tenha manifestado adesão”

A intenção do legislador ao criar essa norma era com o propósito de pôr fim à grande polêmica existente em face do Tribunal Penal Internacional, o qual foi internalizado no ordenamento jurídico a partir do Decreto nº 4.388/02.

O legislador constituinte derivado acreditou que inserindo o § 4º ao artigo 5º da Constituição, restaria por encerrada a discussão sobre a possibilidade de o Brasil submeter-se ao Tribunal Penal Internacional. Apesar de a EC 45/ 04 ter inserido o § 4º ao art. 5º, a problemática em torno da possibilidade de submissão do país à jurisdição do Tribunal Penal Internacional continua (TIBURCIO e BARROSO, 2006, p. 786).

Dessa forma, a partir da expressa vontade constitucional exteriorizada pelo novo § 4º, do artigo 5º, da Constituição, não há mais como sustentar que a adesão a um Tribunal Penal Internacional representaria afronta à soberania da República Federativa do Brasil. Antes da Emenda Constitucional nº 45/04, grande parte da doutrina sustentava que a função jurisdicional era um atributo da soberania estatal e que, por isso, jamais poderia ser delegada a um organismo internacional. Com base neste argumento muitos vão sustentar ser inconstitucional o novo § 4º do artigo 5º da Constituição. Entretanto, conforme dito anteriormente, esse não parece ser o melhor entendimento (TIBURCIO e BARROSO, 2006, p. 786).

Há uma questão a ser abordada, é de que o Brasil só pode submeter-se à jurisdição de um tribunal que respeite todos os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil. E infelizmente, o Tribunal Penal Internacional não respeita todos os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição de 1988.

#### 4.1 PRINCIPAIS CONFLITOS COM A CF/88

A entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional, previsto no art. 89, § 1º, do Estatuto, pois o Tribunal poderá solicitar a um pedido de prisão e entrega (surrender) de uma pessoa a qualquer Estado-parte, tendo o Estado a obrigação de dar satisfação a o Tribunal dos pedidos de detenção e de entrega de tais pessoas.

##### Artigo 89

##### Entrega de Pessoas ao Tribunal:

1. O Tribunal poderá dirigir um pedido de detenção e entrega de uma pessoa, instruído com os documentos comprovativos referidos no artigo 91, a qualquer Estado em cujo território essa pessoa se possa encontrar, e solicitar a cooperação desse Estado na detenção e entrega da pessoa em causa. Os Estados Partes darão satisfação aos pedidos de detenção e de entrega em conformidade com o presente Capítulo e com os procedimentos previstos nos respectivos direitos internos (DECRETO N° 4388/2002).

A Constituição de 1988 prevê em seu art. 5º, LI e LII, que “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei” e também que “não será extraditado nenhum estrangeiro por crime político ou de opinião”. Os incisos do art. 5º da Constituição, pertencem ao rol de direitos e garantias fundamentais e estão cobertos pelo art. 60, § 4º, IV, da mesma Carta, sendo o qual “não será objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais” (CF/88).

##### Art. 5º;

LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião;



A imprescritibilidade dos crimes, prevista pelo Tribunal Penal Internacional, é outro ponto contraditório com o texto da Constituição Federal, por causar insegurança jurídica, com o decurso de longo período de tempo. O artigo 29 do Tratado de Roma prevê que os crimes sob a jurisdição do Tribunal Penal Internacional não prescrevem. Porém, segundo a Carta Magna brasileira, apenas são imprescritíveis os crimes de racismo e aqueles relativos à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático (art. 5º, XLII e XLIV).

Art. 29. Imprescritibilidade. “Os crimes da competência do Tribunal não prescrevem”.

A regra constitucional que disciplina a coisa julgada material vem inscrita no art. 5º, XXXVI, segundo qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

“Art. 5º. [...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Outro ponto conflitante é a questão da reserva legal, pois no texto do Tribunal Penal Internacional não há previsão exata dos crimes perante os quais seriam julgados os indivíduos sujeitos a sua jurisdição, também não existe previsão legal das penalidades. A estrutura do Estatuto viola o dispositivo da Constituição de 1998, que são direitos fundamentais, ou seja, são cláusulas pétreas, art. 5º, II e XXXIX, inviabilizando a própria manutenção do Tribunal.

Art. 5º:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (CF/88).

A pena de prisão perpétua prevista no art. 77, § 1º, “b” pelo Tribunal Penal Internacional, nos casos em que houver elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado a justificarem.

Art. 77, § 1º, b, prescreve:

1 - Sem prejuízo do disposto no artigo 110, o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no artigo 5o do presente Estatuto uma das seguintes penas:

b) b) Pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem (DECRETO 4388/2002).

A constituição de 1988 prevê em seu art. 5º, em seu inciso XLVII, b, obsta qualquer possibilidade de aplicar penas de caráter perpétuo. O dispositivo é aplicado a qualquer tipo penal, a qualquer pessoa sob a jurisdição brasileira em qualquer tempo.

A Constituição de 1988 prescreve em seu art. 5º, [...] XLVII, b – “não haverá penas”: [...] “de caráter perpétuo”.

O dispositivo acima citado é inserido no rol dos direitos e garantias individuais, sendo, cláusula pétrea, art. 60, § 4º, não podendo ser suprimido nem por emenda a Constituição.

O Art. 60 [...] § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de Emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais”.

É evidente o conflito de normas entre o Estatuto de Roma e a Constituição Federal do Brasil, e a discussão deste trabalho no que se refere a possibilidade de aplicação da pena de prisão perpétua por parte do Tribunal Penal Internacional em casos de crimes contra os direitos humanos previstos nos arts. 6º, 7º e 8º do referido Estatuto (TIBURCIO, BARROSO, 2006, p. 785 – 786).

#### 4.2 A APLICABILIDADE DA PENA DE PRISÃO PERPÉTUA

A aplicabilidade da pena de prisão perpétua pelo Tribunal Penal Internacional é um assunto polêmico que divide doutrinadores, e devido ao pouco tempo de adesão do Brasil ao Tribunal, não existem muitos livros escritos sobre o assunto e ainda não tendo nenhuma jurisprudência sobre o tema. Antes da Emenda Constitucional nº 45/04 grande parte da doutrina sustentava que a adesão do Brasil ao Estatuto de Roma representava uma afronta à soberania estatal, jamais poderia ser delegada a um organismo internacional. Após a Emenda Constitucional nº 45 não se pode pensar que a submissão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional fere a soberania brasileira.

O Tribunal Penal Internacional não respeita todos os direitos e garantias individuais previsto na Constituição Federal, como visto retro. Faz-se tal afirmação porque o artigo 77 do Estatuto de Roma possibilita a aplicação de prisão perpétua.

1. Sem prejuízo do disposto no artigo 110, o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no artigo 5o do presente Estatuto uma das seguintes penas:

a) Pena de prisão por um número determinado de anos, até ao limite máximo de 30 anos; ou

b) Pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem,

2. Além da pena de prisão, o Tribunal poderá aplicar:

a) Uma multa, de acordo com os critérios previstos no Regulamento Processual

b) A perda de produtos, bens e haveres provenientes, direta ou indiretamente, do crime, sem prejuízo dos direitos de terceiros que tenham agido de boa fé (DECRETO 4.388/02).

Alguns doutrinadores discordam da afirmação de que a possibilidade de aplicação de prisão perpétua pelo Estatuto de Roma afronta Constituição Federal de 1988. Para eles trata-se de conflito aparente. Senão Vejamos:

Para Mazzuoli (2011, p. 88), a aplicação da pena de prisão perpétua em face da CF/88 é apenas um conflito aparente. Entre as penas impostas pelo Tribunal às pessoas condenadas está a de prisão perpétua, se o grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado a justificarem. Afirma o autor que a origem dessa norma teve sua origem nos tribunais de Nuremberg e Tóquio, o qual foi estabelecido a pena de morte, continuando nos tribunais de ad hoc da antiga Iugoslávia e Ruanda, que não previam a pena de morte, e sim a de prisão perpétua. Cria-se o Tribunal Penal Internacional, este com menor rigor não aceita a pena de morte, mas sim a pena de prisão perpétua que fica restringida a casos de extrema gravidade, e ainda possibilita a revisão da pena depois de 25 anos, nos termos do art. 110 do referido Estatuto de Roma.

A Constituição brasileira, por seu turno, permite até mesmo a pena de morte “em caso de guerra declarada” (art. 5º, XLVII, a), mas proíbe terminantemente a as penas de caráter perpétuo (alínea b do mesmo inciso). Contudo é bom que fique nítido que o Supremo Tribunal Federal não tem tido nenhum problema em autorizar extradições para países onde existe a pena de prisão perpétua, em relação aos crimes imputados aos extraditados, mesmo quando o réu corre risco efetivo de ser preso por esta modalidade de pena (MAZZUOLI, 2011, p. 89).

Para o autor acima, quando a Constituição prevê a vedação da pena de caráter perpétuo, está indicando seu comando somente para o legislador interno brasileiro, não alcançando legisladores estrangeiros e tão pouco legisladores internacionais. A pena de prisão perpétua não pode ser instituída dentro do Brasil, seja por meio de tratados internacionais ou emendas constitucionais, por se tratar de

cláusula pétrea. Mas isso não impede que seja instituída fora do país, em um tribunal permanente com jurisdição internacional.

Continua o autor, que a vedação das penas de caráter perpétuo é uma tradição constitucional, mas que o Estatuto de Roma não afronta a nossa Constituição, e sim contribui para os abusos e violações de direitos humanos (MAZZUOLI, 2011).

Piovesan (2014, p. 295) compartilha o mesmo pensamento, para a autora a introdução da pena perpétua no Estatuto de Roma foi um consenso entre países favoráveis à adoção da pena de morte e países contrários à adoção tanto dessa pena quanto da pena de prisão perpétua. A partir dessa evolução, persiste, todavia, um conflito entre a aplicação da pena de prisão perpétua pelo Estatuto e o art. 5º, XLVII, b, da Constituição Federal de 1988, que veda a aplicação dessa sanção penal. Afirma a autora que uma análise mais detalhada da matéria demonstrará que o conflito suscitado é meramente aparente.

Para a análise do tema da prisão perpétua é necessário observar três pontos importantes, a eventual exigência da adoção dessa pela legislação brasileira, a entrega de indivíduos pelo Tribunal e à execução pelo Brasil da sentença condenatória internacional, que imponha a pena de prisão perpétua.

No primeiro ponto, enfatiza a autora não ser necessária, adotar internamente a pena de prisão perpétua para se adequar ao Estatuto de Roma. Pois o art. 80 enuncia a não interferência no regime de aplicação de penas nacionais e nos direitos internos, ressaltando que nada prejudicará a aplicação, pelos Estados, das penas previstas nos respectivos direitos internos, ou a aplicação da legislação de Estados que não preveja as penas referidas no Estatuto. O dispositivo é de grande importância para o caso brasileiro, já que o art. 60, § 4º, IV, veda a imposição de prisão perpétua, não podendo ser alterado nem por emenda constitucional.

O segundo ponto a ser analisado é o paralelo entre a entrega e a extradição, que são institutos diferentes, pois a extradição ocorre nas relações entre dois Estados, já a entrega, ocorre nas relações entre um Estado e um tribunal internacional. A exigência para a entrega de um indivíduo a um tribunal imparcial será menor do que para a extradição.

A Lei nº 6.815, dispõe sobre a extradição, quando houver condenação à pena de morte ou de castigo corpora, o Estado requerente deverá comutar em pena privativa de liberdade. A Lei é omissa quanto à pena de prisão perpétua. No

Processo de Extradicação nº 669, julgado em 03/06/96 o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inexistência da comutação de pena de prisão perpétua em pena privativa de liberdade não superior a 30 anos, alterando seu entendimento anterior pela exigência da comutação. Assim para a autora devido ao maior rigor para a extradicação em relação a entrega, a possibilidade de extradicação a países que adotem a pena de prisão perpétua também pode ser aplicada à entrega ao Tribunal Penal Internacional.

No tocante a execução da pena de prisão perpétua pelo Brasil, imposta pelo Tribunal Penal Internacional, devido a vedação constitucional fica prejudicada. O art. 103, § 3º, a, dispõe que os “Estados Partes deverão compartilhar a responsabilidade de implementar sentenças privativas de liberdade, de acordo com o princípios de distribuição equitativa estabelecidos no regulamento processual”. No caso do Brasil, poderia colaborar com a implementação de penas privativas de liberdade, exceto a de prisão perpétua.

Esse princípio de colaboração imposto pelo Estatuto permite, todavia, que os Estados, no momento de declararem sua disposição em aceitar pessoas condenadas, oponham condições a serem estudadas pelo Tribunal. Nessa linha, o Brasil poderia ao princípio da colaboração disposto no artigo 103 (3) (a) restringindo, porém, sua atuação às sentenças condenatórias que não impusessem a pena de prisão perpétua, alegando em sua defesa, os artigos 21 (3º), do Estatuto, 5 (6) da Convenção Americana de Direitos Humanos e 10 (3) do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. O artigo 21 (3) estabelece que a aplicação e interpretação do Estatuto deva se consistentes com os direitos humanos reconhecidos internacionalmente. Já o artigo 5 (6) e 10 (3) do Pacto, ambos ratificados pelo Brasil, determinam que as penas privativas de liberdade deverão ter como escopo a reabilitação do condenado (PIOVESAN, 2014)

Já o pensamento de Tavares (2007, p. 493) é de que o Estatuto de Roma conflita com a Constituição de 1988, o art. 77, §, b, o qual prevê a possibilidade de aplicação da pena de prisão perpétua, nos casos em que houver elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado a justificarem. E como é sabido o art. 5º, XXXIX, b, da Constituição Federal veda qualquer possibilidade de instaurar penas de caráter perpétuo. Ainda mais, o dispositivo se aplica a qualquer tipo de crime, a qualquer pessoa sob a jurisdição brasileira e em qualquer tempo.

Para o autor a única dúvida que poderia surgir é saber se essa vedação constitucional seria *ratione locus*, quer dizer, se somente se aplicaria no Brasil, ou pelo contrário, seria uma garantia subjetiva, estendendo-se ao caso de entrega. E como no pedido de Extradicação nº 811-1 (DJ, 28 fev. 2003) feito pelo Peru, o

Supremo Tribunal Federal entendeu, por maioria, entendeu “o Governo brasileiro o súdito estrangeiro reclamado, mesmo nos casos em que este possa sofrer pena de prisão perpétua no Estado requerente”. Não há nenhuma contradição, na hipótese de entrega, entre previsão de perpétua, no Estatuto de Roma, e a Constituição de 1.988. Sendo assim, a discussão se resume à vedação de extraditar ou, entregar um nacional ao Tribunal Penal Internacional.

Para encerra o assunto, cumpre frisar que a presente vedação não obsta, tão somente, a efetivação do Estatuto de Roma no país. Dirige-se a toda e qualquer previsão de um tribunal internacional com caráter penal, ao qual o Brasil pretenda integrar-se, pois, ainda que o tratado em que se preveja a sua criação venha a admitir a adoção, pelos Estados-partes, de reservas a uma de suas cláusulas (o que não é admitido pelo Estatuto de Roma, nos termos de seu art. 120), a extradição ou entrega sempre constituirá condição *sine qua non* para a existência e plena efetividade de um tribunal com essa natureza, uma vez que não seria coerente que um órgão desses, cujo princípio elementar é o da complementariedade, viesse a admitir que o agente criminoso pudesse cumprir pena exatamente no país em que, em sua ausência de ânimo punitivo ou de condições efetivas para tanto, findou por franquear a atuação do Tribunal Penal Internacional. E a própria previsão dos crimes, respectivas penas e prescrição, a serem julgados pelo T.P.I. é, para qualquer Estado de Direito, condição inafastável para a admissão de um tribunal internacional.

Em outras palavras, enquanto houver a previsão de direitos fundamentais, como a prescritibilidade dos crimes, impossibilidade de extradição de certas pessoas e em certas situações, garantia da legalidade, e outras, a novel redação do § 4º do mesmo art. 5º da CF. Adentrará, numa previsão otimista, no rol das normas constitucionais com diminuto alcance prático. Em nem se poderia invocar o disposto no art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais e Transitórias, que estabelece que “ o Brasil propugnará pela formação e um tribunal penal internacional dos direitos humanos” (inc. II), cooperação entre os povos (inc. IX) e integração nacional (parágrafo único), por que nada há, nesses dispositivos, que autorize a submissão do País a tribunal de natureza penal, para entregar pessoas que se encontrem sob sua jurisdição, independente da nacionalidade ou do tipo de crime por elas supostamente praticado (TAVARES, 2007, p. 493-494).

Afirma o autor, o Brasil é signatário deste Estatuto e, mais, em virtude da vedação constitucional, a pena de prisão perpétua resta prejudicada, porquanto não podendo admi-ti-la, no Brasil, salienta ainda, “esse é o risco que se corre ao adotar um Constituição com cláusulas mais do que rígidas, em que preveem cláusulas imodificáveis.

Para Tibúrcio e Barroso (2006, p. 787), quando o Brasil aderiu ao Estatuto de Roma, automaticamente manifestou concordância à aplicação da pena de prisão perpétua. O art. 120 do Estatuto veda a existência de reserva, então, ou o Brasil aderiria integralmente ao tratado em todos os seus termos ou não aderiria a nenhuma norma do Estatuto. Mas, contudo, parece ser inconstitucional a submissão do país a

jurisdição de um tribunal que aplique a pena de prisão perpétua. Isto porque o inciso XLVII, do art. 5º, da Constituição, afirma que “não haverá penas: b) de caráter perpétuo”. E sendo direito individual, não resta dúvida de que se trata de uma cláusula pétrea, “não suprimível nem por emenda constitucional”, nos termos do art. 60, § 4º, da Constituição brasileira.

Afirma o autor que nem mesmo a Emenda Constitucional nº 45/04, que acrescentou o §4º ao art. 5º, da Constituição, pode submeter o Brasil a um tribunal que aplique a pena de prisão perpétua. Assim, a única forma de prestigiar o Decreto nº 4.388/02, é entendendo que ele só é inconstitucional, apenas no que conflitar com a Constituição Federal. E flexibilizar o art. 5º, XLVII, da Constituição seria um precedente perigoso para permitir submeter o Brasil a jurisdição de um tribunal que aplicasse a pena de prisão perpétua.

#### 4.3 CONFLITOS ENTRE TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS E A CF/88

Quando os tratados internacionais conflitam com a Constituição brasileira, isto é, quando a incompatibilidade vertical ocorrer entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) e a Constituição Federal, qual norma deve prevalecer? Como podemos resolver esse conflito?

Segundo Mazzuoli (2007, p. 22) a jurisprudência já é pacificada, pois, no seu voto (HC 87.585-TO) o Min. Celso de Mello dividiu o Direito Internacional em dois blocos: (a) tratados de direitos humanos e (b) outros tratados internacionais (mercantil). Os primeiros contam com status constitucional. Os segundos não (valem como lei ordinária).

No que diz respeito aos primeiros (tratados de direitos humanos) outra fundamental distinção foi feita: (a) o tratado não restringe nem elimina qualquer direito ou garantia previsto na CF brasileira (explicita-o ou amplia o seu exercício); (b) o tratado de direitos humanos conflita com a Constituição Federal: o tratado restringe ou suprime ou impõe modificação gravosa ou elimina um direito ou garantia constitucional.

Na primeira hipótese a validade da norma internacional é indiscutível, porque ela está complementando a CF, especificando um direito ou garantia ou ampliando o seu exercício. Nesse sentido: RHC 79.785/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence.

“Todas as normas internacionais que especificam ou ampliam o exercício de um direito ou garantia constitucional passam a compor o chamado “bloco de constitucionalidade”, que é a somatória daquilo que se adiciona à Constituição, em razão dos seus valores e princípios” (STF, RHC 79.785).

Na segunda hipótese o tratado restringe ou suprime, impõe modificação gravosa ou elimina um direito ou garantia constitucional, ficou proclamada (no voto do Min. Celso de Mello) a primazia da Constituição Federal. Aplica-se, como se vê, sempre a norma mais favorável ao exercício do direito ou da garantia. É certo que, o conflito (entre o tratado internacional de direitos humanos e a CF) está sendo resolvido pela lógica e orientação dada pelo princípio *pro homine*.

No plano material, quando se analisa o Direito dos Direitos Humanos, os três ordenamentos jurídicos que o contempla (CF, DIDH e legislação ordinária) caracterizam-se por possuir, entre eles, vasos comunicantes (ou seja: eles se retroalimentam e se complementam – eles “dialogam”).

Em outras palavras, no plano material não há que se falar em hierarquia entre as normas de Direitos Humanos. Pois, por força do princípio ou regra *pro homine* sempre será aplicável no caso concreto a que mais amplia o gozo de um direito ou de uma liberdade ou de uma garantia. Materialmente falando, portanto, não é o *status* ou posição hierárquica da norma que vale, sim, o seu conteúdo, pois, sempre irá prevalecer a que mais amplia o exercício do direito ou da garantia.

A fundamentação para que acaba de ser exposta é a seguinte: por força do art. 27 da Convenção de Viena (que cuida do Direito dos Tratados internacionais), “nenhum Estado que faz parte de algum tratado pode deixar de cumpri-lo invocando seu Direito interno”. Pouco importa se se trata de uma norma (doméstica) constitucional ou infraconstitucional, impõe-se ao Estado cumprir suas obrigações internacionais, assumidas por meio dos tratados.

Por força do princípio *pro homine* a divergência entre a posição do Min. Gilmar Mendes (HC 87.585-TO) e (RE 466.343- SP), (supralegalidade dos tratados) e do Min. Celso de Mello (constitucionalidade deles) é puramente formal. Na essência, ambos estão afirmando que, quando tais tratados ampliam o exercício de um direito ou garantia, são eles que terão incidência. Paralisando-se a eficácia da norma interna em sentido contrário. Não se trata de “revogação”, sim, de invalidade. Todas as regras no Brasil sobre prisão civil do depositário infiel são inválidas, porque conflitantes com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) (art. 7º, 7) e o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (PIDCP) (art. 11). O Direito internacional dos direitos humanos, favorável ao ser humano, possui eficácia paralisante (invalidante) das normas internas em sentido contrário. De outro lado, quando o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) conflita com a Constituição Federal brasileira, restringindo o alcance de



algum direito ou garantia, vale a Constituição Federal (GOMES, MAZZUOLI, 2007, p. 25).

A responsabilidade do constituinte e sua preocupação com os direitos fundamentais, sua disposição constitucional, deve canalizar suas forças para que atribua ao ser humano a sua razão de ser e seus direitos. E, para elaboração dessas normas, devem-se seguir também os princípios controle de constitucionalidade, pois são importantes para a manutenção da ordem do país (BRAUN, 2001, p. 90).

[...] quando um tratado diz respeito à proteção dos direitos humanos, suas normas devem prevalecer sobre as normas internas. Os direitos humanos são superiores aos demais direitos dos Estados, cabendo a eles proteção e defesa. Jamais deixar de reconhecê-los e de aplicá-los, sob a alegação de seus tratados estão em dissonância com as normas internas do Estado, ou de utilizar mecanismos para retardar a vigência desses tratados (BRAUN, 2001, p. 90).

Para Gomes, Molina (2007, p. 25), a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal foi baseada em dois princípios: o princípio pró homem e o princípio da vedação do retrocesso. O primeiro garante a aplicação da norma que mais amplia o exercício do direito, da liberdade ou da garantia.

[...] De qualquer modo, é certo que o tratado não revoga texto constitucional. Aliás, em matéria de direitos humanos o que prepondera é o princípio *pro homine*, que possui o seguinte significado: sempre vale a norma que mais amplia o exercício do direito, da liberdade ou garantia (GOMES, MOLINA, 2007, p. 25).

Assim, para se resolver o conflito entre um tratado internacional sobre direitos humanos e uma norma constitucional, deve-se observar dois princípios: o princípio pró homem e o princípio da vedação do retrocesso. Sempre visualizando que deve prevalecer a norma que mais beneficie o ser humano.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde os primórdios, o direito é uma ciência em constante evolução. Suas mudanças ocorreram em contexto local e também global. As mudanças ocorreram diante das exigências e das necessidades humanas. Diante da necessidade do ser humano se relacionar com os demais, inclusive com Estados soberanos, coube ao direito se adequar para se ajustar aos anseios sociais.

O Brasil, por exemplo, passou por diversas fases no direito, como: jus naturalismo, legalismo, neoconstitucionalismo e ainda continua em constante transposição para o internacionalismo.

O direito internacional, ou direito das gentes, rege as relações entre Estados soberanos, Estados soberanos e organismos internacionais e, Estados soberanos e o homem, pois este também é sujeito de direito internacional dotado de personalidade jurídica. A sociedade internacional é descentralizada e não existe autoridade superior ou milícia permanente. Os Estados se organizam horizontalmente e se dispõe a proceder de acordo com as normas jurídicas que tenham constituído objeto do seu consentimento. O direito das gentes, repousa no princípio *pacta sunt servanda* e o da boa fé. E tem como fontes os tratados internacionais, os costumes, os princípios gerais do direito, a jurisprudência, doutrina e a equidade.

As normas de direito internacional ingressam na ordem jurídica brasileira por meio de tratados celebrados entre a República Federativa do Brasil e demais pessoas jurídicas de direito internacional público. Tratado internacional é um acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, com o objetivo de produzir efeitos jurídicos no direito interno dos Estados signatários, vinculando não só os Estados, mas também seus jurisdicionados. No ordenamento jurídico brasileiro ingressa com força de lei ordinária, exceção aos tratados

internacionais de direitos humanos, pois esses, conforme decisão proferida pela Suprema Corte em 03/12/2008, firmou-se entendimento que os tratados internacionais sobre direitos humanos possuem *status* supralegal, ou seja, estão acima das leis ordinárias e abaixo da Constituição Federal. Agora, quando os tratados internacionais sobre direitos humanos forem aprovados conforme estabelecido no §3º, do art. 5º, da Constituição Federal: “aprovados por 3/5 dos votos dos seus membros em cada casa do Congresso Nacional e em dois turnos de votação, serão equivalentes à emendas constitucionais, não deixando de observar os limites do poder de reforma e a estrita relação de paridade com as normas constitucionais.

Ocorre que alguns tratados internacionais ao ingressarem no ordenamento jurídico interno, podem conflitar com as normas de direito interno e até mesmo com as normas e os princípios constitucionais. Alguns conflitos podem ser facilmente solucionados aplicando o critério hierárquico, prevalecendo a norma hierarquicamente superior. Por outro lado, existem conflitos de difícil solução, por exemplo, quando tratados internacionais sobre direitos humanos contraria normas ou princípios da Constituição Federal de 1988, o que traz para o ordenamento interno enorme insegurança jurídica. Aqui podemos citar o Estatuto de Roma que criou o Tribunal Penal Internacional.

O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional foi aprovado em julho de 1998 na Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas. O Estatuto teve por finalidade constituir um tribunal penal internacional criminal permanente com sede em Haia, Holanda. O governo brasileiro assinou o referido tratado em 07 de fevereiro de 2000 que posteriormente foi aprovado por meio do Decreto Legislativo 112, de 06 de junho de 2002, em que houve o depósito da carta de ratificação em 20 de junho de 2002, sendo promulgado por meio do DECRETO presidencial 4.388, de 25 de junho de 2002. Então o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional ingressou no ordenamento jurídico brasileiro.

Acontece que, desde a entrada em vigor do Estatuto de Roma, inúmeros conflitos foram suscitados entre o referido tratado e a Constituição de 1988, dentre os quais pode-se citar: a entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional, a questão da reserva legal, imprescritibilidade de crimes e a aplicação da pena de prisão perpétua. Diante da enorme polêmica existente em torno da internalização do Tribunal Penal Internacional, o legislador, por meio do DECRETO nº 4.388/02, com

o propósito de por fim essa polêmica acrescentou o § 4º ao art. 5º, da Constituição, e prevê a “submissão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional, cuja criação tenha manifestado adesão”. Apesar da boa intenção do legislador a problemática em torno da submissão do Brasil ao Tribunal Penal internacional continua, pois há conflitos entre suas normas e os princípios constitucionais. O objetivo deste trabalho não é discutir sobre a inconstitucionalidade do Estatuto de Roma, uma vez que, da sua constitucionalidade não há dúvidas, apenas as suas normas que conflitem com a Constituição é inconstitucional. Dentre os conflitos suscitados destacamos a aplicação da pena de prisão perpétua pelo Tribunal Penal Internacional.

O conflito entre o referido tratado internacional e a Constituição Federal se dá em razão de que o art. 77, § 1º, “b”, do Estatuto de Roma prevê a pena de prisão perpétua “se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do acusado o justificar”. O art. 77, § 1º, b, do referido tratado vai de encontro com a Constituição que em seu art. 5º, XLVII, b, afirma que não “haverá penas de caráter perpétuo”, e por se tratar de um direito individual, não há dúvida que se trata de “cláusula pétrea”, não suprimível nem por emenda constitucional nos termos do art. 60, § 4º, IV. Por fim, resta a dizer que a EC nº 45/04, não tem o condão de revogar ou paralisar uma norma constitucional eleita pelo constituinte originário com cláusula pétrea.

Constata-se então, a impossibilidade de aplicação pelo Brasil, de pena de prisão perpétua imposta pelo Tribunal Penal Internacional. Resta saber que outros questionamentos poderão surgir como, a submissão de um nacional ao Tribunal Penal Internacional, pois também sofre vedação constitucional, sendo que o art. 5º, LI, da Constituição da República impede a extradição de brasileiros. O art. 89 do Estatuto utiliza o termo entrega que é um termo mais suave do que o carregado extradição, embora a única diferença entre extradição e entrega está no ente que solicita, então entrega e extradição tem distinção meramente grafológica. Pois bem, as interpretações que procuram conceder sentido diverso à vedação constitucional que ora se comenta, afastando tal vedação da hipótese de entrega, não poderão prevalecer, uma vez que, como já citado acima, a única diferença entre o presente instituto e o da extradição, além de terminológica, reside no ente que solicita. A única forma de permitir a extradição entrega, ou qualquer outro nome que pretenda conferir a este a este único e idêntico fenômeno, será por meio da criação de uma nova Constituição via constituinte originário.

Por fim, os tratados internacionais sobre direitos humanos deverão guardar coerência com os preceitos constitucionais, pois estes continuam no ápice da pirâmide normativa e servem como parâmetro para a criação e incorporações de leis ao ordenamento jurídico. E uma vez entrando em conflito tais normas: preceito constitucional e tratado internacionais sobre direitos humanos, para a solução do conflito não será usado o critério hierárquico, mas sim, dois princípios, quais sejam, o princípio *pro homem* e o princípio da vedação do retrocesso. O primeiro garante a aplicação da norma que mais amplia o exercício do direito, da liberdade ou garantia. Já o segundo, é a vedação da supressão ou da redução de direitos fundamentais sociais, em níveis já alcançados e garantidos aos brasileiros. Assim, para resolver o conflito entre um tratado internacional sobre direitos humanos e uma norma constitucional deve-se levar em conta o princípio *pro homem* e o princípio da vedação do retrocesso. Sempre visualizando que deve prevalecer a aplicação da norma que mais beneficie o ser humano.

Diante do exposto, conclui-se que a aplicabilidade da pena de prisão perpétua pelo Brasil, imposta pelo Tribunal Penal Internacional a um nacional ou estrangeiro, seja para o cumprimento da pena em solo nacional ou a sua entrega para cumpri-la em outro Estado-parte resta prejudicada diante das vedações constitucionais quais seja: art. 5º, LI, e XLVII, b, além dos princípios também constitucionais *pro homem* e proibição da vedação do retrocesso.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, Decreto n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Diário Oficial da União. Brasília, 25 set. 2002. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/tpi.htm>>. Acesso em: 23 maio 2015.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Subchefia de assuntos jurídicos, 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 06 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Subchefia de assuntos jurídicos, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm)>. Acesso em: 08 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Subchefia de assuntos jurídicos. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1110801/constituicao-brasileira-e-os-tratados-de-direitos-humanos-conflito-e-criterio-de-solucao>>. Acesso em 15 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 531**. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo531.htm>>. Acesso em: 16 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Jurisprudências**. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2879785.NUME.+OU+79785.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/orr2qr5>>. Acesso em: 16 jun. 2015.

BRAUN, Helenice da Aparecida Dambrós. **O Brasil e os Direitos Humanos: A Incorporação dos Tratados em Questão**. Ijuí. Unijuí. 2001. (Coleção Direito, Política e Cidadania).

GOMES, Luiz Flávio; Molina, Antônio Garcia Pablos de. Direito penal. v. 2. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2004.

G.E. Do Nascimento e Silva, Hildebrando Accioly, Paulo Borba Casella. **Manual de direito internacional público**. 16 ed. São Paulo, 2008.

Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito**. 6 ed. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2009

MAIA, Marrielle. **Tribunal Penal Internacional**: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados internacionais**. 2 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

\_\_\_\_\_. Valério de Oliveira. **Tribunal penal internacional e o direito brasileiro**. 3 ed. rev. Atual. a ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NETO, José Cretella. **Curso de Direito Internacional Penal. Rio Grande do Sul**: ed. Unijuí, 2008. p. 213. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm)>. Acesso em 03 jun. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. Flávia. **Reforma do judiciário**. São Paulo: Método, 2005.

SILVA, Roberto Luiz. **Direito internacional público**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva 2007.

TRINDADE, Antônio Augusto Cansado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos e instrumentos jurídicos básicos**. São Paulo: 1991.

TIBÚRCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. **O direito internacional contemporâneo**: estudo em homenagem ao professor Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.